

METARREGULAÇÃO, RETORNO AO PROJETO INACABADO

Análise ao Projeto de Lei 1539 de 2015

Matheus Meott Silvestre¹

1. Introdução

Regular é, na história da literatura jurídica brasileira, um conceito extremamente complexo, muitas vezes deixado em segundo plano ou tido como pressuposto. É consensual, entretanto, sua aproximação (ou até mesmo confusão) com o poder de polícia administrativo.² Entendemos, para os fins da análise desse trabalho, regulação como a intervenção do Estado no domínio econômico através do exercício do poder normativo, da limitação de direitos privados, e de função (quase) judicante, tendo caráter preventivo e repressivo.

Remontar a origem histórica da regulação, portanto, se mostra um trabalho hercúleo e que foge ao propósito do presente trabalho. A reforma gerencial do Estado engendrada na década de 90 do século passado, entretanto, dá centralidade ao tema da regulação ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a figura das agências reguladoras. Tendência do direito administrativo dos Estados Unidos desde a década de 30, a criação de agências reguladoras é trazida para o contexto brasileiro com o intuito de descentralizar a administração, substituindo a intervenção política da administração central pela intervenção baseada na técnica, proveniente de uma entidade com independência funcional, financeira e dotada de poder normativo.³

Metarregular, como o prefixo sugere, é a reflexão sobre a própria regulação, mais especificamente sobre a qualidade e legitimidade das decisões tomadas no âmbito da regulação. Também tendência que surge no direito dos Estados Unidos e rapidamente se alastra pelo mundo, a metarregulação tem sua origem remontada ao *inflation impact assessment* em 1978 e posteriormente à obrigatoriedade da análise de custo-benefício no governo de Ronald Reagan

¹Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Bolsista da Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES.

² Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, pp. 315-323.

³ Para um estudo aprofundado do modelo de agências reguladoras, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

e passa a ser chancelada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. A partir da evolução das ideias defendidas pela OCDE, principalmente a partir de 1993, o conceito de metarregulação se sustenta em dois pilares: a análise de impacto regulatório, técnica sistêmica de quantificação de custos e benefícios, participação das partes interessadas e publicidade dos atos decisórios e a criação de *oversight bodies*, conceito abrangente de entidades responsáveis por zelar pela qualidade do processo de tomada de decisão. Explicaremos cada conceito com mais detalhes em momento oportuno.

O presente ensaio se estrutura da seguinte maneira: inicia com um breve histórico da metarregulação no Brasil; estabelece críticas ao Projeto de Lei em três pontos: os estudos técnicos propostos, o rearranjo do desenho institucional e o modelo de adoção; conclui com a análise do Projeto de Lei vis a vis as recomendações internacionais, apontando os possíveis benefícios para o processo decisório das agências reguladoras.

2. Breve histórico da metarregulação no Brasil

No Brasil, desde o advento do Decreto nº 4176/02, tido pela doutrina como o embrião de uma preocupação técnica com a tomada de decisão, os órgãos da administração central ao proporem atos normativos de competência do Poder Executivo devem anexar à proposta análises de cunho econômico, jurídico e social estimando seus impactos. Entretanto, a referida norma não estende às pessoas jurídicas da administração indireta e conseqüentemente às agências reguladoras.⁴

Em 2007, com o Decreto nº 6062, é criado o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, parceria interinstitucional entre diversos órgãos do Poder Executivo federal, agências reguladoras, entidades de defesa do consumidor e o Banco Interamericano de Desenvolvimento com o objetivo de melhorar o sistema regulatório brasileiro. O programa insere a análise de impacto regulatório no vocabulário da regulação brasileira, realiza relatórios sobre o tema e as agências, progressivamente, ainda que de maneira precária, começam a realizar tais análises, sem que

⁴ Para uma análise das origens da metarregulação (análise de impacto regulatório) no Brasil, cf. SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: uma abordagem exploratória**. Brasília: ipea, 2010.

haja uma obrigatoriedade ou um compromisso com o instituto. Apesar dos esforços, a análise de impacto regulatório foi adotada de maneira tímida, demorada e como mera burocracia.

O Projeto de Lei 1539 de 2015, objeto de nossa análise, é proposto pelo Deputado Federal Eros Biondini como objetivo de estabelecer diretrizes gerais para a realização da análise de impacto regulatório no âmbito das agências reguladoras, incluindo a Comissão de Valores Mobiliários e futuras agências reguladoras a serem criadas. Inclusive utilizando tal nomenclatura na exposição de motivos, propõe a atribuição de competência semelhante a um *oversight body* à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda.

3. Monetizando o impagável

A análise de impacto regulatório, segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, é a ferramenta sistemática utilizada para medir custos e benefícios prováveis de uma regulação, seja nova ou já existente. Tem como objetivos melhorar o entendimento dos impactos das regulações, integrar as políticas regulatórias evitando sobreposições e desperdício de esforços e melhorar a transparência e a consulta.⁵

Trata-se não de uma forma de engessar o processo de decisão retirando-lhe todo cunho político e substituindo-o pela técnica, mas sim a adição de mais uma etapa ao processo de tomada de decisão. Mais certo seria dizer etapas, quais sejam: os estudos quantitativos (análise de custo-benefício e suas derivações), a participação das partes interessadas (por meio de consultas e audiências públicas, bem como a circulação de informações e recebimento de comentários dos interessados), o condensamento das informações obtidas nas etapas anteriores com intuito de responder uma espécie de questionário que orienta a análise e a elaboração de um relatório que será remetido ao responsável pela decisão, que não estará vinculado ao resultado do estudo técnico. É fundamental que se dê publicidade a todas as etapas do processo.

Empreender a análise de custo-benefício, ou suas variações, significa atribuir valores a todas as variáveis envolvidas na empreitada regulatória, desde os custos a serem despendidos pela administração - teoricamente mais fáceis de se calcular - bem como as despesas dos agentes regulados, os impactos no setor econômico e os benefícios conseguidos com a medida.

⁵ JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis in OECD countries. In: OECD. **Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries**, 1997

Quantificar benefícios, entretanto, não é uma tarefa simples. Pensando em setores como transportes e vigilância sanitária, ambos regulados por agências reguladoras atualmente e, portanto, objeto do projeto de lei, inevitavelmente terão políticas que envolvam integridade física dos consumidores. Atribuir valor ao resguardo de uma vida ou ao afastamento de um acidente não é um ato moralmente simples e há fartos argumentos, inclusive constitucionais, para se insurgir contra essa possibilidade.

Portanto, mesmo que seja possível trabalhar com variações que evitem cravar valores para bens moralmente difíceis de se monetizar, ainda assim a análise de impacto regulatório expõe as vísceras do processo decisório. Embora qualquer decisão envolva sopesar elementos positivos e negativos, expor as agruras que envolvem as decisões regulatórias talvez seja um passo para o qual o ordenamento brasileiro não está pronto.

4. Oversight bodies: um passo atrás na descentralização?

Uma das principais bandeiras da reforma gerencial foi a descentralização: traria eficiência e dinamicidade a um Estado historicamente centralizado e engessado. Com isso, veio a criação de agências executivas e reguladoras, bem como o fortalecimento do terceiro setor e o surgimento das organizações sociais, retirando competências da administração central e as distribuindo entre pessoas jurídicas estatais e não-estatais.

A criação dos *oversight bodies* viria para redefinir o desenho institucional da descentralização. Conceituar esse "corpos de monitoramento" é uma tarefa árdua, porque cada país o adota de uma maneira distinta, atendendo peculiaridades institucionais. Entretanto, é possível estabelecer quatro possíveis funções para eles: coordenação e supervisão; sinalização e escrutínio; treinamento, aconselhamento e suporte; intermediação entre reguladores e regulados.⁶

Segundo o Projeto de Lei, o papel da Secretaria de Acompanhamento Econômica do Ministério da Fazenda seria o *oversight body* da regulação brasileira, segundo a própria exposição de motivos do projeto. O referido órgão da administração central teria como

⁶ RENDA, Andrea; CASTRO, Rosa. **Scrutinizing the scrutineers:** The ever-changing landscape of regulatory oversight bodies. Santo Domingo: Alacde, 2015. Disponível em: <<http://alacde2015.org/papers/67.pdf>> Acesso em 12 de março de 2016.

competência o escrutínio e validação dos relatórios provenientes da análise de impacto regulatório, bem como teria que ser notificado das convocações para participações públicas.

Se por um lado é positivo que pensemos em uma uniformidade do processo decisório, padronizando condutas e fornecendo diretrizes técnicas para a realização dos estudos técnicos e zelando pela isonomia dos processos decisórios, por outro devemos atentar para a possibilidade de recaptura por parte da administração central das competências outrora delegadas para os entes descentralizados.

Essa recaptura seria possível a partir de um engessamento da tomada de decisão das agências reguladoras. Um escrutínio extremamente rigoroso nas decisões quando em desacordo com a vontade política, poderia inviabilizar tal decisão, retornando, na prática, a competência à administração central.

Tal possibilidade não desnatura os pontos positivos destacados para a atuação de um corpo de monitoramento capaz de dar uniformidade ao processo decisório. Entendemos apenas que, da maneira colocada na redação da norma proposta, há o controle da agência, mas nenhuma ferramenta explícita para impedir abusos no escrutínio.

5. De cima para baixo: a expertise da noite para o dia?

Tendo em vista os esforços empreendidos pelo Poder Executivo para a adoção da análise de impacto regulatório nas agências reguladoras, o tempo gasto em treinamento e os resultados inexpressivos conseguidos ao longo dos anos de existência do PRO-REG, colocam em xeque a possibilidade de adoção da ferramenta de análise de impacto regulatório por via legislativa sem a devida modulação temporal necessária.

A complexidade das técnicas utilizadas na quantificação e monetização dos custos e benefícios, fundamental para a análise de impacto regulatório, faz acreditar que sejam necessário mais especialistas além de treinamento dos recursos humanos já existentes nas agências reguladoras.

Corre-se o risco, com uma adoção de cima para baixo e sem a expertise necessária para colocá-la em funcionamento, de colocar as decisões regulatórias em um estado de congelamento ou de tornar o instituto uma mera burocracia, esvaziando o significado normativo da lei em questão.

Chama-se atenção aos prazos curtos presentes no projeto de lei para a realização da análise de impacto regulatório. Combinando tal fato com a impossibilidade de afastamento da realização da análise no âmbito da agência - sendo necessário o aval do ministro responsável pelo órgão da administração central ao qual a agência está vinculada, conforme previsão do artigo 35 e com a nulidade dos atos editados sem a observância do disposto no projeto, conforme previsão do artigo 34 - os mecanismos para um possível engessamento das decisões está pautado e é plenamente cabível.

6. Considerações sobre o Projeto de Lei 1539 de 2015.

Metarregular é necessário e deve, em algum momento futuro se estender para todas as decisões regulatórias, não só no âmbito das agências reguladoras mas de toda a administração pública. Apesar dos pontos preocupante do projeto expostos acima, há muitos pontos positivos a serem elogiados.⁷

O primeiro ponto positivo é a inquestionável racionalização do processo decisório da regulação. Segundo o mandamento do artigo 4º, II a análise de impacto regulatório deve ser realizada para medir as potenciais consequências de uma iniciativa regulatória, considerando inclusive a hipótese de não intervenção - ou de medidas não regulatórias. Além disso, a racionalização traria o benefício de tornar possível o controle das decisões por parte dos agentes regulados e da sociedade civil, tornando a linguagem específica que permeia as discussões que culminam as decisões em algo palatável e coerente para pessoas sem o conhecimento técnico necessário - como membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade em geral.

A publicidade dos atos é outro fator fundamental, embora não seja novo no ordenamento jurídico, e que tem deixado a desejar nas agências reguladoras. Informações que atualmente se encontram dispersas e têm difícil acesso devem ser condensadas nos relatórios e disponibilizadas ao público, conforme mandamento do artigo 8º, respeitada a necessidade eventual de sigilo de determinadas informações. Além disso, a publicidade dos chamamentos públicos deve melhorar, melhorando consequentemente a participação das partes interessadas.

⁷ Para os possíveis benefícios da análise de impacto regulatório, cf. SILVESTRE, Matheus Meott. **Captura Regulatória: A análise de impacto regulatório como alternativa par ao Brasil.** Santo Domingo: Alacde, 2015. Disponível em: < <http://alacde2015.org/papers/82.pdf> > Acesso em 12 de março de 2016.

A participação por meio dos chamamentos públicos - art. 12 - deverá ser feita a todas as partes interessadas para que ofereçam contribuições sobre alternativas que não vinculam o decisor, mas que devem ser consideradas no processo de tomada de decisão. Além disso, o projeto prevê que qualquer pessoa interessada envie contribuições, independente de convite. Aqui cabe uma breve reflexão: o parágrafo único do artigo 12 estabelece que as sugestões possam ser feitas sem o acompanhamento de estudos técnicos, que ficarão a cargo da agência. Enquanto isso facilita a participação da sociedade civil organizada, que em regra não dispõe dos meios para realizar tais estudos, pode abrir margem para abusos por parte de alguns interessados, soterrando a agência de possibilidades que, segundo o caput do mesmo artigo devem ser consideradas. Talvez fosse prudente reavaliar a forma de instrumentalizar a participação, sem impedir nenhuma parte mas evitando brechas para abusos.

O papel de oversight body a ser exercido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, embora já criticado pelos motivos acima expostos, tem potencial para trazer uniformidade às análises de impacto regulatório, papel que não conseguiu ser bem desempenhado pelo PRO-REG, gerando análises - quando realizadas - sem parâmetros entre as agências, tornando o processo confuso e dificultando o controle pela sociedade civil e pelas partes interessadas.

Por último destaca-se a função de monitoramento da análise de impacto regulatório. Responsável não só por informar o tomador da decisão, ela também serve para avaliar os impactos efeitos das medidas adotadas, acompanhando sua efetividade no curto, médio e longo prazo. Não estando em concordância com o previsto nas razões da tomada de decisão, alterações podem ser realizadas à política, ou até mesmo a revogação da mesma caso os custos excedam os benefícios.

Portanto, pelo exposto, a adoção da análise de impacto regulatório é um compromisso da administração, inicialmente no âmbito das agências reguladoras, com os mandamentos constitucionais previstos no artigo 37 da Constituição Federal, notadamente os princípios da publicidade e eficiência. Apesar de todas as críticas aqui elencadas e problematizando a forma de adoção por meio de uma lei que ignora todas as especificidades institucionais e dificuldades práticas da adoção, a análise de impacto regulatório e o tema da metarregulação como um todo, estão na pauta internacional e começam a ganhar volume no cenário jurídico nacional e o Projeto de Lei 1539 de 2015 mesmo que não seja aprovado com a redação atual serve como um excelente vento a soprar nos moinhos do debate.